

Sygn. akt KIO/UZP 290/09

WYROK
z dnia 20 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. S.A., Worx Consulting Sp. z o.o., Redan Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 78** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie – Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** protestu z dnia 20 lutego 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. S.A., Worx Consulting Sp. z o.o., Redan Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 78** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. S.A., Worx Consulting Sp. z o.o., Redan Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 78**;
- ~~2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o., Apia XXI I.A.K. S.A., Worx Consulting Sp. z o.o., Redan Sp. z o.o., 00-175 Warszawa, Al. Jana Pawła II 78**.

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Zachodniopomorskie (Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego) wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie opracowania pn. >>Studium wykonalności Zachodniego Drogowego Obejścia Miasta Szczecina" wraz z "Raportem oddziaływania na środowisko"<<. Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu **19.09.2008 r.** pod numerem 2008/S 182-241821 Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została zamieszczona na stronie: [www.bip.um-NIP: 526-021-08-95](http://www.bip.um-NIP:526-021-08-95).

10.02. 2009 r. zamawiający powiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum Scott Wilson sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i Scott Wilson Ltd. z siedzibą w Hampshire RG21 7PP;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy:

- a) Apia XXI I.A.K. Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,
- b) Apia XXI I.A.K. S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania,
- c) Worx Consulting Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie,
- d) Redan Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

20.02. 2009 r. wykonawca konsorcjum Apia złożył protest na:

- 1) czynność odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum Apia z bezpodstawnym powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 106¹ Kc, gdyż oferta protestującego nie jest nieważna na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego;
- 2) art. 14 Pzp w związku z art. 65 § 1² Kc, przez zaniechanie wykładni pełnomocnictwa złożonego przez protestującego na str. 159-180 oferty z uwzględnieniem intencji mocodawców, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów;
- 3) art. 91 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a także oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 4) naruszenie art. 9 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że postępowania wyklucza możliwość potwierdzania przez pełnomocnika lidera konsorcjum za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących pozostałych członków konsorcjum;
- 5) (z ostrożności procesowej) naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz.1058).

Protestujący wniósł o:

- 1) uchylenie zaskarżonej czynności Zamawiającego;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert, a następnie wybór oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) (ewentualnie) wezwanie protestującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia stosownych pełnomocnictw i w konsekwencji wybór oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej.

¹ **Art. 106.** Pełnomocnik może ustanowić dla mocodawcy innych pełnomocników tylko wtedy, gdy umocowanie takie wynika z treści pełnomocnictwa, z ustawy lub ze stosunku prawnego będącego podstawą pełnomocnictwa.

² **Art. 65.** § 1. Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.

§ 2. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.

Zamawiający wskazał, iż z treści pełnomocnictwa udzielonego Panu Manuelowi P. S. nie wynika, by mógł on udzielać dalszych pełnomocnictw do reprezentowania firmy APIA XXI S.A., a nadto sporne pełnomocnictwo zostało załączone do oferty w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez pełnomocnika konsorcjum, nie zaś w oryginale lub kopii potwierdzonej przez notariusza, jak żądał tego zamawiający.

Zamawiający dokonując rozstrzygnięcia przyjął, iż z pełnomocnictwa udzielonego Panu Manuelowi P. S. w dniu 02 lutego 2007 r. przez Pana Marcosa – Jesusa P. P., jedyne go członka zarządu spółki APIA XXI S.A., nie wynika prawo udzielania dalszych pełnomocnictw.

Uprawnienie to zostało jednak, zdaniem protestującego, wyrażone wprost w punkcie 2 spornego pełnomocnictwa, w którym stwierdza się, iż pełnomocnik może wykonywać następujące uprawnienia Pana Marcosa – Jesusa P. P.: „ustanawianie i odwoływanie pełnomocników, bankierów, przedstawicieli, doradców, adwokatów, prokuratorów, pośredników i pozostałego personelu związanego ze Spółką, ustalając jego kompetencję, warunki i czynności”. Zacytowane pełnomocnictwo daje więc pełnomocnikowi szerokie uprawnienie nie tylko do ustanawiania dalszych pełnomocników dla mocodawcy, o których mowa w art. 106 k.c., ale nawet do zatrudniania pracowników spółki i ustalania zakresu ich umocowania. Z dalszych postanowień pełnomocnictwa wynika również uprawnienie Pana Manuela P. S. do zawierania wszelkich umów w imieniu Spółki APIA XXI S.A., w tym i do zawarcia umowy konsorcjum.

Protestujący stwierdza, że w razie wątpliwości, zamawiający powinien kierować się zasadami wykładni oświadczeń woli, które przesadzają, iż wykładnia pełnomocnictwa nie może abstrahować od treści oferty protestującego, a także przepisu art. 65 § 1 Kc w związku z art. 14 Pzp (*vide*: wyrok ZA/UZP z dnia 05.06.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/O-634/07, w którym stwierdza się, iż wszelkie wątpliwości dotyczące pełnomocnictw muszą być interpretowane zgodnie z normami prawa cywilnego, a zwłaszcza zastosowanie powinny być przepisy art. 65 Kc dotyczące oświadczeń woli). Udzielenie pełnomocnictwa następuje w drodze jednostronnej czynności prawnej o charakterze upoważniającym, co oznacza, że osoba, której udzielono pełnomocnictwa uzyskuje kompetencję do podejmowania czynności prawnych ze skutkiem bezpośrednio dla reprezentowanego (por. Kodeks cywilny. Komentarz, red. E. Gniewek, Warszawa 2006 r., s. 236). Czynność prawna, jaką jest udzielenie pełnomocnictwa, obejmuje więc przede wszystkim oświadczenie woli mocodawcy. Oświadczenie to, podobnie jak każde inne oświadczenie woli, winno być tak tłumaczone, jak wymagają tego okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje, o czym stanowi przepis art. 65 § 1 Kc.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 04 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 251/08, wskazuje, iż to oświadczenie woli mocodawcy decyduje zarówno o powstaniu, jaki i o

zakresie umocowania. Oświadczenia tego nie można więc interpretować I dowolnie, zwłaszcza zaś sprzecznie z intencją mocodawcy. Zgodnie z regułami interpretacyjnymi z art. 65 Kc, wskazane jest również odwołanie się do kontekstu sytuacyjnego – okoliczności, w jakich składane jest oświadczenie woli podlegające wykładni.

W stanie faktycznym sprawy zarówno wola mocodawcy, jak okoliczności w jakich zostało udzielone pełnomocnictwo, potwierdzają jego szeroki zakres przedmiotowy, w tym prawo do udzielania dalszych pełnomocnictw we wszystkich sprawach objętych pełnomocnictwem, w tym postępowaniach przetargowych.

Dla wykładni zakresu spornego pełnomocnictwa istotna jest również okoliczność, iż zgodnie z prawem hiszpańskim tego typu pełnomocnictwo odpowiada w istocie instytucji prokury uregulowanej w art. 109¹ i nast. Kc. W Hiszpanii nie funkcjonuje rejestr odpowiadający polskiemu Krajowemu Rejestrowi Sądowemu, w którym należałoby ujawnić wszystkie zdarzenia dotyczące spółki, w tym i udzielenie przez nią szerokiego pełnomocnictwa do zarządzania przedsiębiorstwem (prokura). Stąd też APIA XXI S.A. występując w polskim postępowaniu przetargowym każdorazowo zobowiązana jest do składania kompletu dokumentów, które w polskich warunkach składane są w sądzie rejestrowym i jedynie odnotowywane w Rejestrze (akt ustanowienia spółki, akt ustanowienia jej zarządu, akt powołania pełnomocnika spółki – vide oświadczenie na 31 stronie oferty protestującego). Okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona przez Pana Marcosa – Jesusa P. P. w oświadczeniu z dnia 13 lutego 2009 r. załączonym do protestu. Ponadto

Znamienne jest, iż również zakres umocowania Pana Manuela P. S. wynikający ze spornego pełnomocnictwa daleko przekracza czynności zwykłego zarządu spółką. Z pełnomocnictwa tego wynika bowiem uprawnienie do podejmowania przez pełnomocnika praktycznie wszystkich czynności związanych z funkcjonowaniem spółki oraz zaciągania zobowiązań w imieniu spółki bez ograniczeń. Pan Manuel P. S. nie jest więc typowym pełnomocnikiem umocowanym do dokonywania pojedynczych, czy nawet pewnej grupy czynności w imieniu mocodawcy, a raczej osobą zarządzającą Spółką APIA XXI S.A., co upodabnia go do polskiego prokurenta.

Mając na uwadze powyższe przyjąć należy, iż pełnomocnictwo Pana Manuela P. S., podobnie jak pełnomocnictwo prokurenta na mocy art. 109⁶ k.c., uprawniało pełnomocnika do ustanowienia na rzecz reprezentowanego przedsiębiorcy dalszych pełnomocników do poszczególnej czynności lub pewnego rodzaju czynności.

Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 03.10.2005 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-2700/05) stwierdził, że nie każdy błąd w pełnomocnictwie oznacza, że jest ono nieważne. Liczy się przede wszystkim intencja osoby udzielającej upoważnienia i zaufanie, jakie budzi to oświadczenie woli u innych osób.

W celu ostatecznego wyjaśnienia sprawy protestujący złożył załączeniu oświadczenie mocodawcy Pana Manuela P. S. – Spółki APIA XXI S.A., potwierdzają Ce czynności dokonane przez Pana S. w przedmiotowym postępowaniu w imieniu Apia XXI S.A., w tym udzielenie pełnomocnictwa Liderowi Konsorcjum i zawarcie umowy konsorcjum. Możliwość potwierdzenia pełnomocnictwa została dopuszczona w postępowaniach przetargowych m.in. w wyroku KIO z dnia 18.11.2008 r. (sygn. akt UZP 1191/08) oraz w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z dnia 12.02.2009 r. (sygn. akt IV Ca 11/09).

II. Forma pełnomocnictwa

Protestujący złożył pełnomocnictwo dla Pana Manuela P. S. w formie kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Protestujący twierdzi, że – pełnomocnictwo mające taki sam zakres jak prokura – powinno być akceptowane podobnie jak informacja o prokurze z KRS, a więc tylko w formie potwierdzenia przez zamawiającego. Inaczej będzie to stanowić o nierównym traktowaniu wykonawców krajowych i zagranicznych.

Dlatego wykonawca załączył upoważnienia (pełnomocnictwa) od poszczególnych Członków Konsorcjum dla jego Lidera, tj. Spółki APIA XXI Sp. z o.o., którą reprezentuje jej pełnomocnik w osobie Pana Alejandro V. T. Z rozdz. 1 pkt 1.5 specyfikacji nie wynika aby wymóg składania oryginałów lub notarialnie poświadczonych kopii pełnomocnictw rozciągał się także na wcześniejsze pełnomocnictwa udzielone do reprezentowania poszczególnych Członków Konsorcjum. Protestujący wskazuje wyrok KIO z dnia 07.02.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 43/08, z którego wynika, że „niestaranne i niejasne zapisy SIWZ nie mogą być interpretowane w sposób niekorzystny dla wykonawcy biorącego udział w postępowaniu. Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za błędy zamawiającego.”.

Protestujący przyjął, że może przedstawić pełnomocnictwo dla Pana S. poświadczoną przez siebie kopii także ze względu na postanowienie specyfikacji, cyt. „o ile nie wynika ono z innych dokumentów i załączonych do oferty przez Wykonawcę”. Jak wskazano powyżej umocowanie Pana S. jest odpowiednikiem uregulowanej w polskim Kodeksie cywilnym instytucji prokury, a nadto według prawa hiszpańskiego nie podlega ono ujawnieniu w żadnym z państwowych rejestrów. Protestujący przedstawił więc sporne pełnomocnictwo jako jeden z elementów odpowiednika polskiego odpisu z KRS, na co wskazał w swym oświadczeniu zamieszczonym na stronie 31 oferty. Tego typu dokumenty mogą zaś być potwierdzane za zgodność z oryginałem przez samych wykonawców. Na możliwość taką wskazała KIO w wyroku z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 645/08, KIO/UZP 660/08, wskazując, iż: "Jeśli chodzi o brak potwierdzenia za zgodność z oryginałem (uwierzytelnienia) dokumentów dotyczących partnera Konsorcjum – [...] – przez przedstawiciela tej spółki, skład orzekający uznał, że wystarczające jest, aby te dokumenty, tj. odpis z KRS, zaświadczenie z US i ZUS były potwierdzone przez pełnomocnika

konsorcjum. Jeśli wykonawcą jest Konsorcjum, które ustanawia w postępowaniu, zgodnie z dyspozycją art. 23 ust. 2 ustawy, swojego pełnomocnika, będzie on miał uprawnienie do parafowania za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących innych konsorcjantów."

Protestujący przyjął, iż skoro pełnomocnictwo dla Pana S. odpowiada *de facto* aktowi powołania prokurenta i stanowi jeden z odpowiedników odpisu z KRS to do pełnomocnictwa tego można zastosować postanowienie specyfikacji i uregulowania rozporządzenia § 1 ust. 1 zdanie 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 oraz z 2008 r. Nr 188, poz. 1155) o kopii KRS.

Ponadto protestujący wskazał wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 478/08, z którego wynika, iż cyt. „niezgodności z SIWZ w zakresie formy oferty, niezwiązane z jej merytoryczną treścią, nie powinny stanowić podstawy do jej odrzucenia”. Zamawiający określając warunek przedłożenia pełnomocnictwa dla Wykonawcy w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność przez notariusza w 1 Rozdziale I SIWZ sam wskazał, iż wymóg ten traktuje jako wymóg formalny, nie zaś merytoryczny.

III. Termin do wniesienia protestu

Zamawiający w rozdziale XVI „Pouczenie o środkach ochrony prawnej” i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wskazał w punkcie 16.2, iż „Wykonawca ma prawo wnieść protest w terminie 7 dni, od dnia w którym Wykonawca powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia”.

Jednak zgodnie z art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), który obowiązuje właśnie od dnia 24 października 2008 r., wskazuje, iż do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie tej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI ustawy zmienianej w art. 1, w brzmieniu nadanym tą ustawą czyli w terminie 10 dni od dnia otrzymania rozstrzygnięcia zamawiającego. Protestujący podkreśla, że wskazany przepis ma charakter przepisu bezwzględnie obowiązującego, a co za tym idzie nie jest możliwe wyłączenie jego stosowania ani w drodze postanowień specyfikacji, ani też w drodze porozumienia stron.

Postępowanie w rozpatrywanej sprawie prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego, a wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

IV. Naruszenie podstawowych założeń ustawy Pzp

Zamawiający interpretując przedmiotowe pełnomocnictwo w tak radykalny sposób, tj. prowadzący do odrzucenia oferty protestującego, naruszył zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w przepisie art. 7 Pzp. To nie uchybienia protestującego, ale dowolność wykładni treści spornego pełnomocnictwa przez zamawiającego blokuje protestującemu możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym zamawiający naruszył jedną z podstawowych zasad I udzielania zamówień publicznych w Unii Europejskiej, tj. zasadę niedyskryminacji. Zamawiający stanął *de facto* na stanowisku, iż wykonawcy nie pochodzący z Polski muszą spełnić dodatkowy wymóg w postaci „dopasowania” swoich form działania, w tym udzielanych w związku z prowadzeniem przez siebie przedsiębiorstwem pełnomocnictw do wymogów prawa polskiego, pomimo, że wymóg taki nie ma racjonalnego uzasadnienia.

Tymczasem jak czytamy w Komentarzu do europejskiego prawa zamówień publicznych autorstwa A. Sołtyśńskiej (Zakamycze 2006, str. 111) dyskryminacja na gruncie zamówień publicznych jest zabroniona, a dopuszcza się ją wyjątkowo i tylko w sytuacji, gdy jest ona proporcjonalna do celu, który podlega ochronie. W niniejszej sprawie bez wątplenia proporcja ta nie została przez zamawiającego zachowana, a co za tym idzie naruszenie komentowanej zasady jest oczywiste.

Cena ofertowa protestującego była o 18% niższa niż cena zaoferowana w ofercie wybranej jako najkorzystniejsza. Na tej zasadzie stanowisko zamawiającego o odrzuceniu oferty protestującego może być także uznane za naruszenie przez zamawiającego dyscypliny finansów publicznych. Zaskarżona czynność zamawiającego stoi w oczywistej sprzeczności z zasadą szczególnej dbałości o dobro publicznego pieniądza.

Odrzucenie oferty protestującego ze względów, jak powyżej, narusza przy tym przepis art. 5 Kc, który stanowi, że nie można czynić ze swego prawa (w tym przypadku do badania i oceny ofert przez zamawiającego, w tym do dokonywania wykładni oświadczeń woli objętych ofertą i dokumentami złożonymi wraz z ofertą) użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego. Nie może bowiem czynność zamawiającego polegająca na interpretacji pełnomocnictwa, prowadzić do odrzucenia oferty ewidentnie najkorzystniejszej, odpowiadającej wszelkim wymogom formalnym i materialnym postawionym przez przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Mając powyższe na względzie, na szczególne uwzględnienie zasługuje w tym miejscu wyrok Sądu Najwyższego z dnia 08.05.1998 r. (sygn. akt I CKN 664/97, publik. OSNC 1999/1/7, zgodnie z którym wolno odstąpić od znaczenia literalnego danego przepisu, gdy znaczenie to prowadzi do absurdalnych z punktu widzenia społecznego lub ekonomicznego konsekwencji. Wyrokiem tym SN uzasadniał odstąpienie od zasady pierwszeństwa wykładni językowej, może on mieć zatem zastosowanie wprost w niniejszej sprawie, biorąc pod uwagę opisane wyżej skutki finansowe dla zamawiającego z powodu odrzucenia oferty

odwołującego, będącego wyłącznie następstwem wykładni pełnomocnictwa przez zamawiającego.

V. Obowiązek stosowania znowelizowanego art. 26 ust. 3 Pzp

Dnia 4 września 2008 r. weszła w życie ustawa nowelizująca Prawo zamówień publicznych (ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 171, poz. 1058). Wskazaną ustawą nowelizacyjną nadano nowe brzmienie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy nowelizacyjnej do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym ustawą z 4 września 2008 r.

Na tej zasadzie, nawet gdyby powziąć wątpliwości co do zakresu umocowania Pana Manuela P. S., w świetle powołanych przepisów zamawiający zobligowany jest do wezwania protestującego w trybie znowelizowanego art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia prawidłowych pełnomocnictw. Mając na względzie ekonomikę procesowa protestujący złożył wraz z protestem stosowne pełnomocnictwo dla Pana Manuela P. S., obejmujące wprost udzielenie dalszych pełnomocnictw.

26.02. 2009 r. wykonawca Arcadis przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez wykonawcę Apia.

03.03.2009 r. zamawiający odrzucił protest, jako wniesiony po terminie. Ponadto zamawiający odniósł się merytorycznie do stawianych zarzutów.

1. Protest jest wniesiony za późno, gdyż art. 4 ust. 1 ustawy nowelizującej nie traktuje o protestach.
2. Pełnomocnictwo udzielone Panu Manuelowi P. S. nie uprawnia do udzielania dalszych pełnomocnictw. Mimo powołania się na postanowienie pkt 2 pełnomocnictwa punkt ten – zdaniem zamawiającego – dotyczy tylko i wyłącznie działań realizowanych w ramach wypełniania i wykonywania wszelkich czynności i obowiązków pracodawcy i dotyczących pracy Spółki. Natomiast w sprawie przetargów powinien mieć zastosowanie pkt 9 pełnomocnictwa, w którym nie ma ustanowionego uprawnienia do udzielania dalszych pełnomocnictw przez umocowanego.
3. Złożenie do oferty pełnomocnictwa udzielonego Panu Manuelowi P. S. w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez lidera konsorcjum nie spełnia wymagań

- specyfikacji, gdzie widnieje postanowienie rozdz. 1 pkt 1.5 specyfikacji mówiące o konieczności załączenia oryginałów lub notarialnie potwierdzonych kopii pełnomocnictw.
4. Wobec braku takiego unormowania w ustawie nowelizującej zamawiający nie może zastosować w postępowaniu art. 26 ust. 3 Pzp w nowym brzmieniu obejmującym również uprawnienie do uzupełniania pełnomocnictw.

09.03. 2009 r. protestujący wniósł odwołanie

Odwołujący czynnościom zamawiającego zarzuca naruszenie:

- 1) art. 183 ust. 1 Pzp przez nie rozstrzygnięcie protestu złożonego przez Odwołującego w terminie 10 dni od upływu ostatniego z terminów na wniesienie protestu;
- 2) art. 27 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że rozstrzygnięcie protestu złożonego przez Odwołującego zostało skutecznie doręczone wykonawcy, pomimo, iż rozstrzygnięcie to zostało przesłane Odwołującemu za pośrednictwem poczty elektronicznej, a taki sposób kontaktowania się Zamawiającego z wykonawcami nie został przewidziany w postanowieniach specyfikacji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 8 Pzp w związku z art. 106 Kc, polegające na odrzuceniu oferty odwołującego, która nie jest nieważna w świetle przepisów Kodeksu cywilnego;
- 4) art. 14 Pzp w związku z art. 65 § 1 Kc, przez zaniechanie wykładni pełnomocnictwa złożonego przez odwołującego na str. 159-180 oferty z uwzględnieniem intencji mocodawców, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów;
- 5) art. 91 ust. 1 i ust. 2 Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza, a także zaniechania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 6) naruszenie art. 9 ust. 1 Pzp przez przyjęcie, że zasada pisemności postępowania wyklucza możliwość potwierdzania przez pełnomocnika Lidera Konsorcjum za zgodność z oryginałem dokumentów dotyczących pozostałych Członków Konsorcjum;
- 7) art. 26 ust. 3 Pzp w związku z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 171, poz. 1058).

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący, na wypadek uznania, iż Zamawiający skutecznie doręczył mu w dniu 27 lutego 2009 r. rozstrzygnięcie protestu, wnosi odwołanie na odrzucenie jego protestu z dnia 20 lutego 2009 r. i zaskarżonej czynności zarzuca naruszenie przepisu art. 180 ust. 7 Pzp w zw. z art. 180 ust. 2 Pzp i art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych

innych ustaw przez błędne przyjęcie, że termin do wniesienia protestu na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego wynosi 7 dni od dnia otrzymania przez wykonawcę zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania, a co za tym idzie protest wniesiony przez Odwołującego w dniu 20 lutego 2009 r. został wniesiony pod terminie i jako taki podlega odrzuceniu.

Odwołujący wnosi o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia zaskarżonej czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum, którego Liderem jest spółka Scott Wilson Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;

2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, a następnie dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, ewentualnie:

3) nakazanie wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia stosownych pełnomocnictw i w konsekwencji wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na wypadek uznania, iż Zamawiający skutecznie doręczył Odwołującemu w dniu 27 lutego 2009 r. rozstrzygnięcie protestu, wnoszę o:

4) nakazanie unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu protestu odwołującego.

Ze względu na sposób komunikowania się zamawiającego z wykonawcami – pkt 5.10 specyfikacji, dlatego powinno się uznawać protest jako oddalony, a nie odrzucony.

Termin wniesienia odwołania jest zgodny ze znowelizowanym brzmieniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505).

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wysłuchała wyjaśnień stron i przystępującego.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że protest został złożony w terminie zgodnie z rozdziałem VI w brzmieniu obowiązującym od dnia 24 października 2008 roku, gdyż zgodnie z art. 4 ust. 2 **ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień**

publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), do postępowań nie zakończonych do 24 października 2008 r., bez względu na termin ich wszczęcia stosuje się unormowania w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 4 września. Sprzeczność art. 94 Pzp podniesiona przez zamawiającego jest bez znaczenia ze względu na cel ustawy, jakim było umożliwienie wnoszenia środków ochrony prawnej, zgodnie z brzmieniem przepisów znowelizowanych. Brzmienie przepisu art. 94 ust. 1 Pzp, nie statuuje samoistnych przesłanek ograniczających możliwość wnoszenia środków ochrony prawnej. Dopiero zawarcie umowy powodowałoby – zgodnie z art. 180 ust. 6 Pzp – niemożliwość korzystania z tego typu środków ochrony prawnej i w takiej sytuacji miałyby zastosowanie inne przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

W zakresie zarzutu bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego ze względu na nieodpowiednie złożenie pełnomocnictwa upoważniającego podmiot składający ofertę do reprezentowania odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 106 Kc skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Decydujący o takim stanowisku składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej jest brak zachowania przez odwołującego formy pisemnej, zgodnie z art. 9 ust. 1 Pzp w związku z art. 99 § 2 Kc. Zamawiający na str. 5 w cz. II „Instrukcje dla wykonawców” rozdz. I „Forma oferty” w ust. 1.5 specyfikacji zażądał, zgodnie z przytoczonym art. 9 ust. 1 Pzp, aby dokumenty tworzące ofertę były podpisane przez osoby upoważnione do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy, a cyt. „Upoważnienie do ich podpisania musi być dołączone do oferty w formie oryginału lub poświadczonej notarialnie kopii, o ile nie wynika ono z innych dokumentów załączonych do oferty przez Wykonawcę.”. Jednak wykonawca złożył upoważnienie dla Pana Manuela P. S. w formie kopii z poświadczeniem tylko osoby podpisującej ofertę. Wobec braku wskazania w specyfikacji jakie pełnomocnictwo, z którego wynika uprawnienie do podpisania oferty ma być złożone w formie oryginału lub notarialnie potwierdzonej kopii, należy przyjąć, że zamawiający wymagał aby każde pełnomocnictwo, istotne w sprawie było złożone w takiej formie. Należy podkreślić, że wymaganie to wynika z art. 9 ust. 1 Pzp w związku z art. 99 § 2 Kc i wobec treści tego przepisu przedmiotowe wymaganie nie może być inaczej sformułowane.

Jednak odwołujący zaniechał złożenia tego pełnomocnictwa w wymaganej formie i załączył do oferty tylko kopię pełnomocnictwa potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez osobę podpisującą ofertę, przez co nie zachował formy pisemnej pełnomocnictwa.

W związku z tym skład orzekający Izby nie mógł uwzględnić odwołania w przedmiotowym zakresie i stwierdza, że odwołanie podlega oddaleniu.

Drugą kwestą podnoszoną w odwołaniu jest zakres pełnomocnictwa udzielonego przez Pana Marcosa-Jezus P. P. (jedyne zarządzającego przedsiębiorstwem handlowym APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania) dla Pana Manuel P. S.

Zamawiający twierdzi, że ust. 2 tego pełnomocnictwa dotyczy tylko stosunków z zakresu prawa pracy, a dotyczący zakresu zamówień publicznych ust. 9 pełnomocnictwa nie daje prawa do udzielania dalszych pełnomocnictw. W szczególności, na tej podstawie umocowany Manuel P. S., zdaniem zamawiającego, nie miał uprawnienia udzielać dalszego pełnomocnictwa do reprezentowania wykonawcy APIA XXI S.A. z siedzibą w Santander, Hiszpania przez osoby trzecie, a w konkretnym przypadku przez Pana Alexandro V. T., który finalnie podpisywał ofertę konsorcjum odwołującego.

Skład orzekający Izby stwierdza, że rzeczywiście w ust. 9 pełnomocnictwa szczegółowo reguluje kwestie zamówień publicznych, jednak ten ustęp tylko uszczegóławia postanowienia pełnomocnictwa w przedmiotowym zakresie i oprócz niego do działania wykonawcy należy brać po uwagę umocowanie wynikające z całego aktu, a w tym z ust. 2 pełnomocnictwa. Ust. 2 brzmi cyt. „Wypełnianie i wykonywanie wszelkich czynności i obowiązków pracodawcy i dotyczących prac Spółki; [...]; ustanawianie i odwoływanie pełnomocników, bankierów, przedstawicieli, doradców, adwokatów [...]”. Ze względu na brak innego postanowienia w pełnomocnictwie dotyczącego ogólnego działania Spółki, należy tłumaczyć wyrazy „pracy Spółki”, jako „działalności Spółki” i jak z tego wynika należy ogólnie tłumaczyć, pełnomocnictwo, że w ust. 2 daje ono umocowanemu prawo do ustanawiania dalszych pełnomocników.

Ponadto zakres zawodów wymienionych w ust. 2 jest zbyt szeroki aby można ten ustęp ograniczyć tylko do stosunków pracy, a należy go rozumieć szerzej, jako upoważniający do całej działalności – „pracy” – Spółki.

Wobec tego zarzut zamawiającego, że pełnomocnictwo nie daje uprawnienia umocowanemu do ustanawiania dalszych pełnomocnictw nie może się ostać.

Ze względu na brak złożenia oferty wraz ze wszystkimi dokumentami istotnymi dla postępowania w odpowiedniej formie zamawiający był obowiązany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp. W związku z tym odwołanie podlega oddaleniu. W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdza naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w związku z art. 106 Kc.

Ponadto odwołujący nie wykazał, że zamawiający stosując się do przepisów, a w szczególności art. 9 ust. 1 Pzp i postanowień specyfikacji naruszył zasadę równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 Pzp. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający stosował się w postępowaniu do zasad udzielania zamówień publicznych i nie naruszył w szczególności art. 7 Pzp.

Z art. 4 ust. 1 przytoczonej ustawy nowelizującej Prawo zamówień publicznych nie wynika, aby znowelizowana treść przepisu art. 26 ust. 3 Pzp mogła mieć zastosowanie do postępowań wszczętych przed dniem 24 października 2008 r. i ze względu na wcześniejsze wszczęcie przedmiotowego postępowania (19 września 2008 r.) zamawiającego nie można zobligować do wystosowania żądania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Z tego powodu zarzut niezastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w znowelizowanym brzmieniu nie może się ostać i zostaje oddalony przez skład orzekający Izby.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Szczecinie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*